

IMPACTO DE LAS ACCIONES DEL PLAN BEPS EN ESPAÑA

Eduardo Martínez-Matosas

Abogado, socio del departamento tributario de Gómez-Acebo&Pombo

Luis Cuesta Cuesta

Abogado, asociado del departamento tributario de Gómez-Acebo&Pombo

EXTRACTO

El Plan de Acción BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), impulsado desde el 2013 por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para luchar contra las estrategias de planificación fiscal agresiva de las multinacionales, ha incidido de manera muy relevante en la fiscalidad internacional. Como consecuencia de este plan y el compromiso político alcanzado, los Estados han revisado y actualizado su normativa tributaria para adaptarla a las propuestas incluidas en cada una de las quince (15) acciones del Plan BEPS. Por ello, dado el elevado número de cambios normativos introducidos recientemente en la normativa fiscal española como consecuencia de este nuevo entorno, analizamos en este artículo el impacto concreto de cada una de las acciones del Plan BEPS en España desde un punto de vista práctico, tanto en las medidas particulares adoptadas como su influencia en otros ámbitos.

Palabras clave: Plan Acción BEPS, impuesto sobre sociedades, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y planificación fiscal agresiva.

Fecha de entrada: 28-11-2016 / Fecha de aceptación: 19-12-2016

BEPS ACTION PLAN IMPACT IN SPAIN

Eduardo Martínez-Matosas

Luis Cuesta Cuesta

ABSTRACT

The BEPS (Base Erosion and Profit Shifting), action plan developed by the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) since 2013 to fight against aggressive tax planning strategies of multinationals, has had a significant impact in the international taxation. As a consequence of such action plan and the political commitment achieved, each country has revised and adapted its tax regulations to the proposals included in each one of the fifteen (15) actions comprised in the BEPS plan. For this reason, bearing in mind the high number of tax measures recently introduced in the Spanish tax legislation due to the new tax framework, we analyze in this article, the impact in Spain of each action comprised in the BEPS Plan from a practical point of view, not only as regards the tax measures adopted but also its influence in other aspects.

Keywords: BEPS Action Plan, corporate income tax, Organisation for Economic Co-operation and Development and aggressive tax planning.

Sumario

1. Introducción
2. Impacto de cada acción del Plan BEPS en España
 - 2.1. Acción 1. Economía digital
 - 2.2. Acción 2. Estructuras y transacciones híbridas
 - 2.3. Acción 3. Transparencia fiscal internacional
 - 2.4. Acción 4. Deducciones de intereses
 - 2.5. Acción 5. Prácticas fiscales perniciosas e intercambio de *tax rulings*
 - 2.6. Acción 6. Utilización abusiva de convenios fiscales
 - 2.7. Acción 7. Establecimientos permanentes
 - 2.8. Acción 11. Evaluación y seguimiento de BEPS
 - 2.9. Acción 12. Revelación de mecanismos de planificación agresiva
 - 2.10. Acción 13. Informes país por país
 - 2.11. Acción 14. Resolución de controversias
 - 2.12. Acción 15. El instrumento multilateral
3. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

En el marco de la crisis financiera y económica mundial, el G20 promovió un proyecto para luchar contra las estrategias de planificación fiscal de multinacionales que aprovechasen los vacíos normativos y los desajustes en las normas fiscales para desviar artificialmente beneficios a jurisdicciones de baja o nula tributación donde ejerzan poca o ninguna actividad económica. Como consecuencia de lo anterior, la tributación global de estas multinacionales a menudo se veía reducida o era incluso nula.

En este sentido, el 19 de julio de 2013, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) publicó el Plan Acción contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios (*Base Erosion and Profit Shifting* o BEPS), compuesto por 15 acciones, que establecía un periodo de dos años para desarrollar soluciones para los problemas derivados de dichas prácticas.

Este artículo¹ resume brevemente el impacto que ha tenido cada una de estas acciones del Plan BEPS en España hasta el segundo trimestre del 2016².

2. IMPACTO DE CADA ACCIÓN DEL PLAN BEPS EN ESPAÑA

2.1. ACCIÓN 1. ECONOMÍA DIGITAL

En el seno de la amplia reforma fiscal que tuvo lugar en España en el ejercicio 2015, se introdujeron en la Ley 37/1992, del impuesto sobre el valor añadido (IVA), con efectos desde el 1 de enero de 2015, nuevas normas para la determinación del lugar de prestación aplicables a los servicios de telecomunicaciones, de radiodifusión y de televisión, así como a los suministrados por vía electrónica, en línea con el Plan de Acción BEPS de la OCDE y a fin de implantar la directiva del IVA.

¹ Esta publicación es una adaptación del artículo «Host country Spain: Current Status and Practical considerations in the Implementation of BEPS Measures», de Eduardo MARTÍNEZ-MATOSAS y Luis CUESTA, *Tax Management International Forum, Bloomberg BNA*, vol. 37 (agosto 2016).

² Debido a la especialidad de la materia, el impacto de las acciones 8, 9 y 10 relativas a los precios de transferencia no es objeto de análisis en el presente artículo.

Con respecto a la definición de establecimiento permanente (EP), los tribunales tuvieron la oportunidad de expresarse, en el caso *Dell*³, acerca de si una página web puede o no tener la calificación de EP. En dicho caso, ni la Agencia Tributaria ni el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) aceptaron las directrices establecidas en los comentarios del artículo 5 del Modelo de Convenio de la OCDE, de conformidad con los cuales una página web operada en un Estado contratante no da lugar a un EP en ese Estado a menos que el servidor que alberga la página esté ubicado físicamente en dicho Estado. La Agencia Tributaria y el TEAC, por el contrario, consideraron que los comentarios no resultaban de aplicación al caso, pues las actividades llevadas a cabo por Dell en España fueron relevantes económicamente (es decir, el comercio, la venta y la entrega). La Audiencia Nacional, por su parte, no procedió en su posterior sentencia al examen de la cuestión acerca de si la página web de Dell podía ser considerada o no un lugar fijo de negocios, razonando, de acuerdo con los criterios de la OCDE, que una página web no tiene en sí un lugar fijo que pueda constituir un EP, por más que el servidor donde se almacena dicha web pueda tener tal carácter.

Asimismo, la economía digital fue uno de los principales aspectos tratados en la resolución de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero del 2016⁴. A este respecto, la Agencia Tributaria establecía como prioridades, entre otras, las siguientes acciones en relación con la economía digital: 1) analizar la información disponible en internet que permita descubrir actividades o rendimientos ocultos; 2) verificar que los fabricantes o prestadores de servicios que comercialicen sus bienes o servicios a través de internet tributen adecuadamente en España, y 3) potenciar las herramientas a disposición de la Inspección Tributaria mediante la ampliación de la información disponible sobre los obligados tributarios con indicadores propios de las redes sociales.

2.2. ACCIÓN 2. ESTRUCTURAS Y TRANSACCIONES HÍBRIDAS

La reforma fiscal del impuesto sobre sociedades en España introdujo, con efectos desde el 1 de enero de 2015, una norma antiabuso⁵ específica con respecto a los productos o instrumentos híbridos, en virtud de la cual los gastos incurridos en transacciones con partes vinculadas son no deducibles cuando, a consecuencia de la dispar calificación del instrumento en cuestión en el país de residencia del emisor y en el país de residencia del tenedor de las participaciones, no se produce ningún ingreso en el país de residencia del tenedor o este ingreso queda exento o sujeto

³ Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 15 de marzo de 2012 (R. G. 2107/2007 [NFJ047352]), Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de junio de 2015 (rec. núm. 182/2012 [NFJ059322]) y Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2016 (re. núm. 25555/2015 [NFJ063130]).

⁴ Resolución de 22 de febrero de 2016, de la Dirección General de la AEAT, por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2016.

⁵ Artículo 15 j) de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades.

Con respecto a la definición de establecimiento permanente (EP), los tribunales tuvieron la oportunidad de expresarse, en el caso *Dell*³, acerca de si una página web puede o no tener la calificación de EP. En dicho caso, ni la Agencia Tributaria ni el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) aceptaron las directrices establecidas en los comentarios del artículo 5 del Modelo de Convenio de la OCDE, de conformidad con los cuales una página web operada en un Estado contratante no da lugar a un EP en ese Estado a menos que el servidor que alberga la página esté ubicado físicamente en dicho Estado. La Agencia Tributaria y el TEAC, por el contrario, consideraron que los comentarios no resultaban de aplicación al caso, pues las actividades llevadas a cabo por Dell en España fueron relevantes económicamente (es decir, el comercio, la venta y la entrega). La Audiencia Nacional, por su parte, no procedió en su posterior sentencia al examen de la cuestión acerca de si la página web de Dell podía ser considerada o no un lugar fijo de negocios, razonando, de acuerdo con los criterios de la OCDE, que una página web no tiene en sí un lugar fijo que pueda constituir un EP, por más que el servidor donde se almacena dicha web pueda tener tal carácter.

Asimismo, la economía digital fue uno de los principales aspectos tratados en la resolución de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero del 2016⁴. A este respecto, la Agencia Tributaria establecía como prioridades, entre otras, las siguientes acciones en relación con la economía digital: 1) analizar la información disponible en internet que permita descubrir actividades o rendimientos ocultos; 2) verificar que los fabricantes o prestadores de servicios que comercialicen sus bienes o servicios a través de internet tributen adecuadamente en España, y 3) potenciar las herramientas a disposición de la Inspección Tributaria mediante la ampliación de la información disponible sobre los obligados tributarios con indicadores propios de las redes sociales.

2.2. ACCIÓN 2. ESTRUCTURAS Y TRANSACCIONES HÍBRIDAS

La reforma fiscal del impuesto sobre sociedades en España introdujo, con efectos desde el 1 de enero de 2015, una norma antiabuso⁵ específica con respecto a los productos o instrumentos híbridos, en virtud de la cual los gastos incurridos en transacciones con partes vinculadas son no deducibles cuando, a consecuencia de la dispar calificación del instrumento en cuestión en el país de residencia del emisor y en el país de residencia del tenedor de las participaciones, no se produce ningún ingreso en el país de residencia del tenedor o este ingreso queda exento o sujeto

³ Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 15 de marzo de 2012 (R. G. 2107/2007 [NFJ047352]), Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de junio de 2015 (rec. núm. 182/2012 [NFJ059322]) y Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2016 (re. núm. 25555/2015 [NFJ063130]).

⁴ Resolución de 22 de febrero de 2016, de la Dirección General de la AEAT, por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2016.

⁵ Artículo 15 j) de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades.

a un tipo de imposición efectivo de menos del 10%. Por lo tanto, desde la perspectiva del asesoramiento fiscal internacional en España, como consecuencia de esta nueva norma, la primera prioridad ha de ser confirmar que la renta generada en cualquier transacción de carácter internacional esté sometida a tributación en las demás jurisdicciones afectadas.

Asimismo, la Ley del impuesto sobre sociedades establece, con efectos también desde el 1 de enero de 2015, que el nuevo régimen de exención por participaciones no se aplicará a los beneficios cuya distribución genere un gasto deducible para la filial. El origen de la introducción de esta cláusula antiabuso radica en el hecho de que la Administración tributaria en el pasado ya ha cuestionado diversas estructuras internacionales híbridas que comportan situaciones de doble no imposición; en particular, la aplicación del régimen de exención de participaciones a dividendos y pagos de intereses sobre patrimonio neto (*juros sobre o capital propio*) repartidos a accionistas españoles por parte de entidades brasileñas, siendo estos repartos fiscalmente deducibles en Brasil. La Administración tributaria, así como los tribunales, han negado la aplicación del régimen de exención de participaciones en relación con tales pagos, considerándolos intereses en lugar de dividendos, basándose en su naturaleza híbrida⁶.

Finalmente, en relación con los pagos a entidades no residentes, la reformada directiva matriz-filial ha sido transpuesta en nuestro ordenamiento interno con el fin de negar la aplicación del régimen de exención de participaciones cuando el accionista último de la entidad española a la que se pagan los dividendos es residente fuera de la Unión Europea (esto es, cuando la mayoría de los derechos de voto en la matriz española pertenezcan, directa o indirectamente, a personas físicas o jurídicas no residentes en algún Estado miembro de la Unión Europea, a menos que pueda demostrarse que el establecimiento y funcionamiento de la matriz europea se corresponden con razones económicas válidas y con motivos de negocio sustanciales).

Tal y como se ha expuesto, España ya ha introducido, para evitar los citados desajustes producidos a consecuencia de mecanismos híbridos, no solo cumpliendo las recomendaciones del Plan BEPS de la OCDE, sino también bajo la directiva antievasión fiscal recientemente adoptada por el Consejo de la Unión Europea⁷, que debe ser transpuesta en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros antes del 1 de enero de 2019. Este nuevo marco regulatorio ha supuesto tanto para las

⁶ En sentido contrario a las sentencias de instancias anteriores, el Tribunal Supremo estableció, en su Sentencia de 16 de marzo de 2016 (rec. núm. 2243/2014 [NFJ062383]), que efectivamente las rentas recibidas por sociedades españolas de filiales brasileñas en forma de intereses sobre el patrimonio neto (*juros sobre o capital propio*) son equivalentes en cuanto a su naturaleza jurídica a una distribución de dividendos y, por lo tanto, pueden acogerse al régimen de exención de participaciones en su régimen vigente para los ejercicios iniciados antes del 1 de enero de 2015.

⁷ La Directiva (UE) 2016/1164, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, establece en su artículo 9 lo siguiente: «1. Cuando una asimetría híbrida dé lugar a una doble deducción, la deducción solo se concederá en el Estado miembro en el que se haya originado el pago correspondiente. 2. Cuando una asimetría híbrida dé lugar a una deducción sin inclusión, el Estado miembro del contribuyente denegará la deducción del pago correspondiente».

multinacionales como para los asesores en fiscalidad internacional evitar toda estructura o transacción que pudiera dar lugar a una doble no imposición como consecuencia del uso de mecanismos híbridos.

2.3. ACCIÓN 3. TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

Con efectos desde el 1 de enero de 2015, se han reforzado las normas sobre transparencia fiscal internacional (CFC, por sus siglas en inglés) contenidas en la Ley del impuesto sobre sociedades. Como se establece en el preámbulo de dicha nueva ley introducida en el marco de la reforma fiscal, el régimen propuesto estaba en consonancia con la acción 3 del proyecto BEPS de la OCDE y perseguía dos objetivos principales: 1) prevenir el traslado de beneficios fuera de España por razones meramente fiscales y 2) establecer límites al ámbito de aplicación del nuevo régimen de exención de participaciones para dividendos y ganancias patrimoniales.

A este respecto, el principal cambio respecto al anterior régimen de transparencia fiscal internacional es la atribución forzosa a una sociedad española de los ingresos generados por sus filiales no residentes cuando estas no disponen del nivel de recursos humanos y materiales necesarios para llevar a cabo sus actividades (sustancia). Además, la directiva antievasión fiscal⁸ señala que, para asegurar que sus normas acerca de transparencia fiscal internacional suponen una respuesta proporcional a las cuestiones planteadas por el proyecto BEPS, es indispensable que un Estado miembro que limita la aplicación de sus normas sobre transparencia fiscal internacional a los ingresos desviados artificialmente a una filial debería abordar precisamente situaciones en las que la mayoría de las funciones de la toma de las decisiones que condujeron a generar los ingresos desviados al nivel de la filial controlada se lleven a cabo en esos Estados miembros (es decir, el Estado de residencia del sujeto pasivo).

En respuesta a la introducción de las nuevas normas acerca de transparencia fiscal internacional, los grupos españoles se hallan en un proceso de revisión de las estructuras internacionales que incluyan filiales que pudieran desconocer los requisitos de sustancia.

2.4. ACCIÓN 4. DEDUCCIONES DE INTERESES

A diferencia de los casos anteriores, es necesario indicar que las recomendaciones de la acción 4 del Plan BEPS han tenido poco impacto en España en la medida en que desde el 1 de enero de 2012 han entrado en vigor disposiciones que limitan la deducibilidad de los intereses (como norma general, la deducción de los gastos por intereses se limita al 30% del Ebitda, aunque, si no

⁸ El artículo 8 de la directiva antievasión fiscal establece que una sociedad de la Unión Europea que posea directa o indirectamente un mínimo del 50% de las acciones o participaciones de una filial o que tenga un EP sujeto a una baja tasa efectiva de imposición puede ser considerada sujeta al régimen de transparencia fiscal internacional si se cumplen determinadas condiciones.

superan la cuantía de 1 millón de euros, son deducibles sin limitaciones). Apuntada esta cuestión, con efectos desde el 1 de enero de 2015, la reforma fiscal introdujo dos limitaciones adicionales a la deducibilidad de intereses, una en relación con los préstamos participativos y otra en el contexto de operaciones de adquisición de participaciones con apalancamiento:

- Los intereses derivados de préstamos participativos concedidos por sociedades del grupo de la sociedad pagadora de los intereses o mediante otros instrumentos híbridos (por ejemplo, acciones sin voto o acciones rescatables) no son deducibles, con independencia de su tratamiento contable.
- Bajo una nueva medida de prevención del endeudamiento en relación con la adquisición de participaciones en otra sociedad (operaciones LBO), si, después de la adquisición, la sociedad adquirida es incluida en el grupo consolidado de la adquirente o es sometida a una operación de reestructuración empresarial (por ejemplo, una fusión), se impone una limitación a la deducibilidad de los costes financieros, en aras de proteger la actividad de la adquirente frente al peso de los costes financieros incurridos en su adquisición.

Desde una perspectiva práctica, estas limitaciones a la deducción de intereses han ayudado a esclarecer las normas contenidas en el impuesto sobre sociedades. En el pasado, la Agencia Tributaria había recurrido a normas generales antiabuso para cuestionar numerosas estructuras financieras (en particular, las operaciones de compra con apalancamiento). Por este motivo, se espera que las normas específicas en el nuevo marco del impuesto sobre sociedades, inspiradas por el Plan de Acción BEPS, puedan ayudar a proveer seguridad jurídica a los contribuyentes en este campo.

2.5. ACCIÓN 5. PRÁCTICAS FISCALES PERNICIOSAS E INTERCAMBIO DE TAX RULINGS

De acuerdo con el previo régimen de *patent box*, el 60 % de las rentas procedentes de determinados activos intangibles en el campo de la propiedad intelectual estaba exento del impuesto sobre sociedades, quedando el restante 40 % sujeto al tipo impositivo ordinario del 25 %.

En el informe de la acción 5, que trata sobre cómo combatir las prácticas fiscales perjudiciales, la OCDE planteó varios enfoques para asegurar que los incentivos fiscales sean negados en una determinada jurisdicción si en esta no se llevan a cabo actividades sustanciales. El 6 de febrero de 2015, dicha organización publicó un acuerdo sobre normas transitorias en relación con los regímenes de propiedad intelectual existentes, de acuerdo con el cual: 1) no deben introducirse nuevos regímenes preferenciales a partir del 30 de junio de 2016 y 2) los beneficios de los regímenes preferenciales existentes deben dejar de tener efecto antes del 30 de junio de 2021.

En respuesta a lo anterior, el régimen de *patent box* español fue modificado, con efectos desde el 1 de julio de 2016, para adoptar el enfoque del *nexus approach*, apoyado en el informe

final de la acción 5 del Plan BEPS, conforme al cual los beneficios se vinculan a los gastos asociados a la investigación y desarrollo (I+D) en los que haya incurrido el contribuyente. De acuerdo con el nuevo régimen, la exención continuará aplicándose sobre el 60% de las rentas derivadas de la cesión o explotación de la propiedad intelectual y los mecanismos y requisitos para la exención van a permanecer prácticamente inalterados. No obstante, se introduce una nueva ratio que puede limitar o eliminar los beneficios disponibles bajo este régimen en situaciones en las que no ha sido el propio contribuyente quien ha creado el activo intangible (por sus propios medios o por la subcontratación con terceros no vinculados).

Con respecto al intercambio de *tax rulings* (decisiones administrativas con relación a contribuyentes específicos), debe tenerse en consideración que el 8 de diciembre de 2015, el Comité Económico y Financiero de la Unión Europea (Ecofin) adoptó formalmente una propuesta de directiva concerniente al intercambio de información sobre *tax rulings*. Según esta norma, la información relativa a *tax rulings* transfronterizas y a acuerdos previos sobre valoración de precios de transferencia (APA) debe ser intercambiada entre los Estados miembros, incluida España, con efectos desde el 1 de enero de 2017.

2.6. ACCIÓN 6. UTILIZACIÓN ABUSIVA DE CONVENIOS FISCALES

El ordenamiento español contiene una amplia variedad de medidas antiabuso, la más importante de las cuales es el artículo 15 de la Ley General Tributaria, que establece que los tributos deben exigirse por razón de la verdadera naturaleza de un acto o negocio, más que por su forma legal (principio de prevalencia de la sustancia sobre la forma). Además, existen también normas sobre precios de transferencia (basadas en las orientaciones del proyecto BEPS), una limitación general a la deducción de costes financieros (*vid. supra* 4), normas sobre transparencia fiscal internacional (*vid. supra* 3) y una lista negra de países considerados paraísos fiscales. La Administración tributaria se ha valido de estas normas generales antiabuso para cuestionar numerosas estructuras artificiales o faltas de sustancia y negarles en consecuencia los beneficios de exenciones nacionales y de convenios fiscales⁹.

No obstante, España está participando en un grupo específico *ad hoc* que tiene como función el desarrollo de un instrumento multilateral (*vid. infra* 15) en el ámbito de cuya negociación se encuentra impedir la utilización abusiva de convenios fiscales. Es importante tener este hecho presente, ya que las normas antiabuso que potencialmente puedan añadirse a este instrumento multilateral pueden contribuir a reducir el considerable número de disputas que enfrentan a la Administración y los contribuyentes.

⁹ Criterio seguido por los tribunales españoles en las sentencias siguientes: Audiencia Nacional, Sentencias de 31 de mayo de 2012 (rec. núm. 247/2009 [NFJ048041]) y de 3 de junio de 2015 (rec. núm. 264/2012 [NFJ059321]), y Tribunal Supremo, Sentencias de 21 de marzo de 2012 (rec. núm. 5228/2008 [NFJ046934]) y de 4 de abril de 2012 (rec. núm. 3312/2008 [NFJ046767]).

2.7. ACCIÓN 7. ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES

La acción 7 del proyecto BEPS plantea la necesidad de actualizar la definición de *establecimiento permanente* en los tratados para evitar abusos con respecto a los límites de tal definición mediante determinados instrumentos o acuerdos parecidos (por ejemplo, acuerdos de comisión). La acción 7 persigue, asimismo, evitar la explotación de las excepciones específicas de la definición actualmente existentes, en particular, las relativas a actividades de naturaleza preparatoria y auxiliar, aspecto que es de especial relevancia en el contexto de la economía digital.

Las conclusiones alcanzadas en la acción 7 se han entendido como una confirmación del criterio de función/sustancia promovido por la Administración tributaria¹⁰ en la interpretación del concepto de EP, que se desvía de interpretaciones más literales de la ley invocadas por los contribuyentes basándose en los comentarios de la OCDE. Además, en los últimos años, los tribunales españoles¹¹ han apoyado la posición adoptada por la Administración tributaria.

Teniendo presente lo anterior, es previsible que la Administración tributaria continúe apuntando a la existencia potencial de EP en situaciones similares. Por esta razón, las empresas con estructuras internacionales deberían llevar a cabo un análisis funcional preciso de las sociedades involucradas con vistas a alcanzar una imputación de beneficios más equilibrada en la determinación de retribuciones conformes con el principio de plena competencia para las funciones o servicios intragrupo de más relevancia. En particular, es de vital importancia revisar las estructuras ya vigentes cuando, por razones formales o legalistas, se ha producido una imputación imprecisa de los beneficios generados en España en comparación con la actividad económica real y con las funciones sustanciales llevadas a cabo en este país. Desde una perspectiva práctica, las empresas pueden explorar alternativas para mitigar riesgos potenciales, como por ejemplo incrementar la remuneración acorde con el principio de plena competencia por funciones intragrupo ejecutadas por filiales españolas, o bien obteniendo un APA o un *tax ruling* por parte de la Administración tributaria.

Finalmente, se esperan dos futuras acciones en esta área con efectos en España: 1) la actualización potencial de los comentarios de la OCDE, en línea con las conclusiones alcanzadas en el informe final de la acción 7, y 2) el acuerdo acerca del instrumento multilateral (*vid. infra* 15) como mecanismo para adoptar la interpretación –basada en la sustancia y en la función– de la

¹⁰ Los principales precedentes en el ámbito administrativo son las Consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos de diciembre del 2012 (V2457/2012, de 17 de diciembre [NFC046103] y V2454/2012, de 17 de diciembre [NFC046097]) y la Resolución del TEAC de 20 de diciembre de 2012 (Honda) (R. G. 221/2009 [NFJ051072]).

¹¹ Los principales precedentes en la jurisprudencia son la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de mayo de 2010 (M-Real) (rec. núm. 503/2006 [NFJ039718]) y las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2012 (Roche Vitamins) (rec. núm. 1626/2008 [NFJ045817]), de 18 de junio de 2014 (Borax) (rec. núm. 1933/2011 [NFJ054807]) y de 20 de junio de 2016 (Dell) (rec. núm. 2555/2015 [NFJ063130]).

cláusula sobre establecimientos permanentes (art. 5) de los convenios de doble imposición (CDI) suscritos por España¹².

2.8. ACCIÓN 11. EVALUACIÓN Y SEGUIMIENTO DE BEPS

España no ha aprobado ni propuesto ninguna medida para llevar a cabo las recomendaciones del informe final de la acción 11, relativa a la evaluación y seguimiento del Plan BEPS para evitar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, y pretende, al parecer, dejar que las implante la propia OCDE.

2.9. ACCIÓN 12. REVELACIÓN DE MECANISMOS DE PLANIFICACIÓN AGRESIVA

España no ha aprobado ni propuesto ninguna medida para poner en marcha las recomendaciones del informe final de la acción 11, relativa a exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva, y pretende, al parecer, dejar su implantación a la propia OCDE.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el deseo de combatir la planificación fiscal agresiva (junto con las inquietudes acerca de la economía digital, expuestas más arriba, en el apartado 1) fue uno de los principales puntos de la resolución de la Dirección General de la AEAT por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero del 2016. Conforme a este plan, la Administración tributaria se centrará en los siguientes aspectos: 1) en operaciones de adquisición de participaciones por apalancamiento cuya finalidad principal sea generar gastos financieros deducibles en España; 2) en pagos al exterior de especial relevancia por su cuantía u operaciones de mayor complejidad a las que resulten de aplicación medidas antiabuso establecidas en la normativa nacional o en los convenios bilaterales, y 3) en implicaciones, en materia de precios de transferencia, de operaciones de reestructuración empresarial complejas, servicios intragrupo prestados o recibidos y operaciones sobre intangibles relevantes. Por consiguiente, se prestará especial atención a los pagos de cánones e intereses hechos desde España a otros Estados miembros de la Unión Europea en circunstancias que involucren matrices que adolezcan de falta de sustancia¹³.

¹² Debe tenerse en cuenta que España tiene una de las mayores redes de convenios bilaterales (más de 75).

¹³ El 3 de junio de 2015, la Audiencia Nacional emitió una sentencia (rec. núm. 264/2012 [NFJ059321]) en la que negaba la aplicación de la retención del 0% en dividendos conforme a la directiva matriz-filial para la distribución de dividendos por una filial española a su matriz danesa (que era a su vez controlada por una sociedad canadiense, Enbridge). El tribunal concluyó que el beneficiario efectivo de los dividendos era la matriz canadiense porque la danesa carecía de sustancia económica y de un propósito para su constitución.

Finalmente, es importante valorar que el artículo 6 de la directiva antielusión fiscal contiene una norma general antiabuso que dispone lo siguiente:

«A efectos del cálculo de la deuda tributaria en concepto de impuesto sobre sociedades, los Estados miembros no tendrán en cuenta ningún mecanismo o serie de mecanismos que, por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúa el objeto o la finalidad de la normativa tributaria aplicable, resulten estar falseados una vez analizados todos los datos y circunstancias pertinentes. Tales mecanismos podrán estar constituidos por más de una fase o parte».

2.10. ACCIÓN 13. INFORMES PAÍS POR PAÍS

La aprobación, en julio del 2015, del nuevo Reglamento del impuesto sobre sociedades introdujo, entre otras cosas, modificaciones en los requisitos de los informes sobre precios de transferencia. Estos nuevos requisitos reflejan ampliamente las recomendaciones efectuadas por la OCDE con respecto a la acción 13 del Plan BEPS en la que se introducen los informes país por país y se amplían las obligaciones de información relativas al archivo central y al archivo local con efectos para los periodos impositivos que empiecen a partir del 1 de enero de 2016. A partir del año fiscal 2016, las multinacionales con base en España que tengan un volumen de negocios de 750 millones de euros o más deben cumplir un nuevo estándar de informe país por país y deberán presentarlo a lo largo de los 12 meses siguientes al cierre de cada año fiscal. Se espera que los primeros informes país por país sean presentados en el 2017.

España fue también uno de los 31 países que el 27 de enero de 2016 firmaron el llamado Acuerdo Multilateral de Autoridad Competente (MCAA) para el intercambio automático de informes país por país. Este acuerdo pretende facilitar la implantación ágil y coherente de los nuevos estándares de los informes sobre precios de transferencia desarrollados según la acción 13 y permitir a las autoridades tributarias entender cómo las multinacionales estructuran sus operaciones, a la vez que se protege la información confidencial.

Asimismo, el 25 de mayo de 2016, el Consejo Europeo adoptó la modificación de la Directiva 2011/16/UE en relación con el intercambio automático de información obligatorio en el ámbito tributario. Entre otros cambios, el Consejo introdujo el requisito de los informes país por país en el Derecho de la Unión Europea siguiendo las recomendaciones hechas por la OCDE en la acción 13 del proyecto BEPS. La directiva establece que la obligación de preparar informes país por país será aplicable desde el año fiscal comenzado a partir del 1 de enero de 2016 (con algunas excepciones).

De acuerdo con lo expuesto, España fue uno de los primeros países en implantar los informes país por país en su ordenamiento nacional. Las multinacionales con base en España se hallan ahora en el proceso de desarrollar procedimientos internos que les permitan reunir la información necesaria para dar cumplimiento a tales requisitos.

Se prevé que el informe país por país sea usado por la Administración tributaria para evaluar los precios de transferencia y los riesgos BEPS en aras de mejorar la asignación de sus recursos de revisión y de definir sus comprobaciones e investigaciones. A este respecto, el informe de la acción 13 señala expresamente que las autoridades tributarias no deben proponer ajustes a las rentas de los contribuyentes partiendo de fórmulas de distribución basadas en datos de informes país por país y que no debería concederse de inmediato ninguno de tales ajustes en ningún procedimiento de acuerdo mutuo (MAP) al que se acuda en el caso de discrepancias sobre los precios de transferencia. Sin embargo, hay ciertas inquietudes en el mundo empresarial acerca de si estas supuestas garantías realmente atribuyen una protección suficiente a las multinacionales españolas. En líneas generales, esta inquietud se centra en las prácticas relativas a los informes país por país de las autoridades tributarias en jurisdicciones en las que las multinacionales lleven a cabo actividades de bajo valor, de modo que, según el principio de plena competencia, la tributación en estas jurisdicciones será menor.

Al mismo tiempo, el informe país por país puede contener informaciones competitivas de alta sensibilidad sobre las multinacionales españolas. La OCDE recomienda que las autoridades tributarias apliquen salvaguardas legales sistemáticas para asegurar que no se filtra información competitiva a través de los informes país por país, que toda la información incluida en dichos informes permanezca confidencial y que la Administración tributaria de la jurisdicción de la residencia del contribuyente pueda negarse a compartir informes con países en los que no se establezcan estas salvaguardas. A pesar de ello, recientes filtraciones de información confidencial gubernamental en la prensa no dan demasiada seguridad a las multinacionales españolas de que la confidencialidad de su información esté garantizada.

2.11. ACCIÓN 14. RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

España apoya el informe de la acción 14 del Plan de Acción BEPS, «Hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias», que representa, de acuerdo con la OCDE, un compromiso por parte de los países participantes de implantar un estándar mínimo con respecto a la resolución de disputas.

Los principios del estándar mínimo implican asegurar lo siguiente:

- Que las obligaciones contraídas en virtud de los convenios sobre MAP se apliquen plenamente y de buena fe.
- Que los procedimientos administrativos fomenten la supresión y la resolución tempestiva de todo conflicto de interpretación o aplicación de los convenios.
- Que los contribuyentes tengan acceso a los procedimientos amistosos cuando reúnan las condiciones para ello.
- Que los casos sean resueltos toda vez que sean objeto de un MAP.

España es uno de los 20 países que se han comprometido a ofrecer arbitraje vinculante obligatorio en sus CDI como forma de garantizar que las disputas relacionadas con los convenios sean resueltas en un marco temporal específico, en consonancia con los principios del estándar mínimo de la acción 14. Se espera que el instrumento multilateral (*vid. infra* 15) también incluya cláusulas de resolución de disputas y arbitraje vinculante obligatorio entre jurisdicciones.

Desde el punto de vista de los especialistas en materia de fiscalidad internacional en España, la implantación y la mejora de los mecanismos de resolución de disputas son cruciales para evitar la doble imposición de las multinacionales españolas, ya que una de las mayores preocupaciones derivadas del proyecto BEPS es el incremento potencial de las disputas entre jurisdicciones (en particular, como resultado de las acciones 7 y 13).

2.12. ACCIÓN 15. EL INSTRUMENTO MULTILATERAL

Como ha sido apuntado previamente en el contexto de las discusiones sobre otras acciones del proyecto BEPS, España participa en un grupo específico *ad hoc* que tiene como función el desarrollo de un instrumento multilateral utilizado para modificar los convenios bilaterales existentes a fin de reflejar los resultados del proyecto BEPS sin la necesidad de renegociar cada convenio individualmente.

3. CONCLUSIONES

La conclusión final es que el Plan de Acción BEPS ha tenido un impacto significativo en el sistema tributario español. España fue uno de los primeros países en introducir y desarrollar las medidas fiscales recomendadas en el proyecto BEPS, siendo casi todas ellas introducidas en el marco de la reforma fiscal del 2015. El «espíritu BEPS» ha sido acogido también por los tribunales españoles. Así, ha habido varias sentencias en las que el tribunal correspondiente¹⁴ ha defendido la aplicación del estricto criterio de la Administración en relación con las compras apalancadas (operaciones LBO) por referencia directa al entorno BEPS de la OCDE. Es indiscutible que la iniciativa BEPS ha tenido una influencia de *soft law* en España, y ello ha dado como resultado que las empresas y los asesores especializados en fiscalidad internacional están revisando –caso por caso– las estructuras ya en vigor y las operaciones propuestas a fin de asegurar que dan cumplimiento a los estándares BEPS.

Por último, como consecuencia del nuevo escenario tras el Plan de Acción BEPS, resulta aconsejable para las empresas que el consejo de administración lleve a cabo una revisión de

¹⁴ Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2015 (rec. núm. 188/2014 [NFJ057488]) y de 12 de febrero de 2015 (rec. núm. 184/2014 [NFJ060761]).

la gestión del riesgo fiscal, a la luz de los nuevos estándares, nacionales e internacionales, de transparencia, suministro de información y cumplimiento cooperativo, impulsados por las recomendaciones de la OCDE y la Unión Europea. Es decir, las empresas no solo han de verificar el cumplimiento de la nueva normativa aprobada tras el Plan de Acción BEPS, sino que también deben promover una política adecuada de responsabilidad social corporativa que identifique las prácticas con riesgo fiscal, estableciendo los procedimientos, métodos y sistemas que permitan el control de dicho riesgo y su gestión.

a un tipo de imposición efectivo de menos del 10%. Por lo tanto, desde la perspectiva del asesoramiento fiscal internacional en España, como consecuencia de esta nueva norma, la primera prioridad ha de ser confirmar que la renta generada en cualquier transacción de carácter internacional esté sometida a tributación en las demás jurisdicciones afectadas.

Asimismo, la Ley del impuesto sobre sociedades establece, con efectos también desde el 1 de enero de 2015, que el nuevo régimen de exención por participaciones no se aplicará a los beneficios cuya distribución genere un gasto deducible para la filial. El origen de la introducción de esta cláusula antiabuso radica en el hecho de que la Administración tributaria en el pasado ya ha cuestionado diversas estructuras internacionales híbridas que comportan situaciones de doble no imposición; en particular, la aplicación del régimen de exención de participaciones a dividendos y pagos de intereses sobre patrimonio neto (*juros sobre o capital propio*) repartidos a accionistas españoles por parte de entidades brasileñas, siendo estos repartos fiscalmente deducibles en Brasil. La Administración tributaria, así como los tribunales, han negado la aplicación del régimen de exención de participaciones en relación con tales pagos, considerándolos intereses en lugar de dividendos, basándose en su naturaleza híbrida⁶.

Finalmente, en relación con los pagos a entidades no residentes, la reformada directiva matriz-filial ha sido transpuesta en nuestro ordenamiento interno con el fin de negar la aplicación del régimen de exención de participaciones cuando el accionista último de la entidad española a la que se pagan los dividendos es residente fuera de la Unión Europea (esto es, cuando la mayoría de los derechos de voto en la matriz española pertenezcan, directa o indirectamente, a personas físicas o jurídicas no residentes en algún Estado miembro de la Unión Europea, a menos que pueda demostrarse que el establecimiento y funcionamiento de la matriz europea se corresponden con razones económicas válidas y con motivos de negocio sustanciales).

Tal y como se ha expuesto, España ya ha introducido, para evitar los citados desajustes producidos a consecuencia de mecanismos híbridos, no solo cumpliendo las recomendaciones del Plan BEPS de la OCDE, sino también bajo la directiva antievasión fiscal recientemente adoptada por el Consejo de la Unión Europea⁷, que debe ser transpuesta en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros antes del 1 de enero de 2019. Este nuevo marco regulatorio ha supuesto tanto para las

⁶ En sentido contrario a las sentencias de instancias anteriores, el Tribunal Supremo estableció, en su Sentencia de 16 de marzo de 2016 (rec. núm. 2243/2014 [NFJ062383]), que efectivamente las rentas recibidas por sociedades españolas de filiales brasileñas en forma de intereses sobre el patrimonio neto (*juros sobre o capital propio*) son equivalentes en cuanto a su naturaleza jurídica a una distribución de dividendos y, por lo tanto, pueden acogerse al régimen de exención de participaciones en su régimen vigente para los ejercicios iniciados antes del 1 de enero de 2015.

⁷ La Directiva (UE) 2016/1164, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, establece en su artículo 9 lo siguiente: «1. Cuando una asimetría híbrida dé lugar a una doble deducción, la deducción solo se concederá en el Estado miembro en el que se haya originado el pago correspondiente. 2. Cuando una asimetría híbrida dé lugar a una deducción sin inclusión, el Estado miembro del contribuyente denegará la deducción del pago correspondiente».

multinacionales como para los asesores en fiscalidad internacional evitar toda estructura o transacción que pudiera dar lugar a una doble no imposición como consecuencia del uso de mecanismos híbridos.

2.3. ACCIÓN 3. TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

Con efectos desde el 1 de enero de 2015, se han reforzado las normas sobre transparencia fiscal internacional (CFC, por sus siglas en inglés) contenidas en la Ley del impuesto sobre sociedades. Como se establece en el preámbulo de dicha nueva ley introducida en el marco de la reforma fiscal, el régimen propuesto estaba en consonancia con la acción 3 del proyecto BEPS de la OCDE y perseguía dos objetivos principales: 1) prevenir el traslado de beneficios fuera de España por razones meramente fiscales y 2) establecer límites al ámbito de aplicación del nuevo régimen de exención de participaciones para dividendos y ganancias patrimoniales.

A este respecto, el principal cambio respecto al anterior régimen de transparencia fiscal internacional es la atribución forzosa a una sociedad española de los ingresos generados por sus filiales no residentes cuando estas no disponen del nivel de recursos humanos y materiales necesarios para llevar a cabo sus actividades (sustancia). Además, la directiva antievasión fiscal⁸ señala que, para asegurar que sus normas acerca de transparencia fiscal internacional suponen una respuesta proporcional a las cuestiones planteadas por el proyecto BEPS, es indispensable que un Estado miembro que limita la aplicación de sus normas sobre transparencia fiscal internacional a los ingresos desviados artificialmente a una filial debería abordar precisamente situaciones en las que la mayoría de las funciones de la toma de las decisiones que condujeron a generar los ingresos desviados al nivel de la filial controlada se lleven a cabo en esos Estados miembros (es decir, el Estado de residencia del sujeto pasivo).

En respuesta a la introducción de las nuevas normas acerca de transparencia fiscal internacional, los grupos españoles se hallan en un proceso de revisión de las estructuras internacionales que incluyan filiales que pudieran desconocer los requisitos de sustancia.

2.4. ACCIÓN 4. DEDUCCIONES DE INTERESES

A diferencia de los casos anteriores, es necesario indicar que las recomendaciones de la acción 4 del Plan BEPS han tenido poco impacto en España en la medida en que desde el 1 de enero de 2012 han entrado en vigor disposiciones que limitan la deducibilidad de los intereses (como norma general, la deducción de los gastos por intereses se limita al 30% del Ebitda, aunque, si no

⁸ El artículo 8 de la directiva antievasión fiscal establece que una sociedad de la Unión Europea que posea directa o indirectamente un mínimo del 50% de las acciones o participaciones de una filial o que tenga un EP sujeto a una baja tasa efectiva de imposición puede ser considerada sujeta al régimen de transparencia fiscal internacional si se cumplen determinadas condiciones.

superan la cuantía de 1 millón de euros, son deducibles sin limitaciones). Apuntada esta cuestión, con efectos desde el 1 de enero de 2015, la reforma fiscal introdujo dos limitaciones adicionales a la deducibilidad de intereses, una en relación con los préstamos participativos y otra en el contexto de operaciones de adquisición de participaciones con apalancamiento:

- Los intereses derivados de préstamos participativos concedidos por sociedades del grupo de la sociedad pagadora de los intereses o mediante otros instrumentos híbridos (por ejemplo, acciones sin voto o acciones rescatables) no son deducibles, con independencia de su tratamiento contable.
- Bajo una nueva medida de prevención del endeudamiento en relación con la adquisición de participaciones en otra sociedad (operaciones LBO), si, después de la adquisición, la sociedad adquirida es incluida en el grupo consolidado de la adquirente o es sometida a una operación de reestructuración empresarial (por ejemplo, una fusión), se impone una limitación a la deducibilidad de los costes financieros, en aras de proteger la actividad de la adquirente frente al peso de los costes financieros incurridos en su adquisición.

Desde una perspectiva práctica, estas limitaciones a la deducción de intereses han ayudado a esclarecer las normas contenidas en el impuesto sobre sociedades. En el pasado, la Agencia Tributaria había recurrido a normas generales antiabuso para cuestionar numerosas estructuras financieras (en particular, las operaciones de compra con apalancamiento). Por este motivo, se espera que las normas específicas en el nuevo marco del impuesto sobre sociedades, inspiradas por el Plan de Acción BEPS, puedan ayudar a proveer seguridad jurídica a los contribuyentes en este campo.

2.5. ACCIÓN 5. PRÁCTICAS FISCALES PERNICIOSAS E INTERCAMBIO DE TAX RULINGS

De acuerdo con el previo régimen de *patent box*, el 60% de las rentas procedentes de determinados activos intangibles en el campo de la propiedad intelectual estaba exento del impuesto sobre sociedades, quedando el restante 40% sujeto al tipo impositivo ordinario del 25%.

En el informe de la acción 5, que trata sobre cómo combatir las prácticas fiscales perjudiciales, la OCDE planteó varios enfoques para asegurar que los incentivos fiscales sean negados en una determinada jurisdicción si en esta no se llevan a cabo actividades sustanciales. El 6 de febrero de 2015, dicha organización publicó un acuerdo sobre normas transitorias en relación con los regímenes de propiedad intelectual existentes, de acuerdo con el cual: 1) no deben introducirse nuevos regímenes preferenciales a partir del 30 de junio de 2016 y 2) los beneficios de los regímenes preferenciales existentes deben dejar de tener efecto antes del 30 de junio de 2021.

En respuesta a lo anterior, el régimen de *patent box* español fue modificado, con efectos desde el 1 de julio de 2016, para adoptar el enfoque del *nexus approach*, apoyado en el informe

final de la acción 5 del Plan BEPS, conforme al cual los beneficios se vinculan a los gastos asociados a la investigación y desarrollo (I+D) en los que haya incurrido el contribuyente. De acuerdo con el nuevo régimen, la exención continuará aplicándose sobre el 60% de las rentas derivadas de la cesión o explotación de la propiedad intelectual y los mecanismos y requisitos para la exención van a permanecer prácticamente inalterados. No obstante, se introduce una nueva ratio que puede limitar o eliminar los beneficios disponibles bajo este régimen en situaciones en las que no ha sido el propio contribuyente quien ha creado el activo intangible (por sus propios medios o por la subcontratación con terceros no vinculados).

Con respecto al intercambio de *tax rulings* (decisiones administrativas con relación a contribuyentes específicos), debe tenerse en consideración que el 8 de diciembre de 2015, el Comité Económico y Financiero de la Unión Europea (Ecofin) adoptó formalmente una propuesta de directiva concerniente al intercambio de información sobre *tax rulings*. Según esta norma, la información relativa a *tax rulings* transfronterizas y a acuerdos previos sobre valoración de precios de transferencia (APA) debe ser intercambiada entre los Estados miembros, incluida España, con efectos desde el 1 de enero de 2017.

2.6. ACCIÓN 6. UTILIZACIÓN ABUSIVA DE CONVENIOS FISCALES

El ordenamiento español contiene una amplia variedad de medidas antiabuso, la más importante de las cuales es el artículo 15 de la Ley General Tributaria, que establece que los tributos deben exigirse por razón de la verdadera naturaleza de un acto o negocio, más que por su forma legal (principio de prevalencia de la sustancia sobre la forma). Además, existen también normas sobre precios de transferencia (basadas en las orientaciones del proyecto BEPS), una limitación general a la deducción de costes financieros (*vid. supra* 4), normas sobre transparencia fiscal internacional (*vid. supra* 3) y una lista negra de países considerados paraísos fiscales. La Administración tributaria se ha valido de estas normas generales antiabuso para cuestionar numerosas estructuras artificiales o faltas de sustancia y negarles en consecuencia los beneficios de exenciones nacionales y de convenios fiscales⁹.

No obstante, España está participando en un grupo específico *ad hoc* que tiene como función el desarrollo de un instrumento multilateral (*vid. infra* 15) en el ámbito de cuya negociación se encuentra impedir la utilización abusiva de convenios fiscales. Es importante tener este hecho presente, ya que las normas antiabuso que potencialmente puedan añadirse a este instrumento multilateral pueden contribuir a reducir el considerable número de disputas que enfrentan a la Administración y los contribuyentes.

⁹ Criterio seguido por los tribunales españoles en las sentencias siguientes: Audiencia Nacional, Sentencias de 31 de mayo de 2012 (rec. núm. 247/2009 [NFJ048041]) y de 3 de junio de 2015 (rec. núm. 264/2012 [NFJ059321]), y Tribunal Supremo, Sentencias de 21 de marzo de 2012 (rec. núm. 5228/2008 [NFJ046934]) y de 4 de abril de 2012 (rec. núm. 3312/2008 [NFJ046767]).

2.7. ACCIÓN 7. ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES

La acción 7 del proyecto BEPS plantea la necesidad de actualizar la definición de *establecimiento permanente* en los tratados para evitar abusos con respecto a los límites de tal definición mediante determinados instrumentos o acuerdos parecidos (por ejemplo, acuerdos de comisión). La acción 7 persigue, asimismo, evitar la explotación de las excepciones específicas de la definición actualmente existentes, en particular, las relativas a actividades de naturaleza preparatoria y auxiliar, aspecto que es de especial relevancia en el contexto de la economía digital.

Las conclusiones alcanzadas en la acción 7 se han entendido como una confirmación del criterio de función/sustancia promovido por la Administración tributaria¹⁰ en la interpretación del concepto de EP, que se desvía de interpretaciones más literales de la ley invocadas por los contribuyentes basándose en los comentarios de la OCDE. Además, en los últimos años, los tribunales españoles¹¹ han apoyado la posición adoptada por la Administración tributaria.

Teniendo presente lo anterior, es previsible que la Administración tributaria continúe apuntando a la existencia potencial de EP en situaciones similares. Por esta razón, las empresas con estructuras internacionales deberían llevar a cabo un análisis funcional preciso de las sociedades involucradas con vistas a alcanzar una imputación de beneficios más equilibrada en la determinación de retribuciones conformes con el principio de plena competencia para las funciones o servicios intragrupo de más relevancia. En particular, es de vital importancia revisar las estructuras ya vigentes cuando, por razones formales o legalistas, se ha producido una imputación imprecisa de los beneficios generados en España en comparación con la actividad económica real y con las funciones sustanciales llevadas a cabo en este país. Desde una perspectiva práctica, las empresas pueden explorar alternativas para mitigar riesgos potenciales, como por ejemplo incrementar la remuneración acorde con el principio de plena competencia por funciones intragrupo ejecutadas por filiales españolas, o bien obteniendo un APA o un *tax ruling* por parte de la Administración tributaria.

Finalmente, se esperan dos futuras acciones en esta área con efectos en España: 1) la actualización potencial de los comentarios de la OCDE, en línea con las conclusiones alcanzadas en el informe final de la acción 7, y 2) el acuerdo acerca del instrumento multilateral (*vid. infra* 15) como mecanismo para adoptar la interpretación –basada en la sustancia y en la función– de la

¹⁰ Los principales precedentes en el ámbito administrativo son las Consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos de diciembre del 2012 (V2457/2012, de 17 de diciembre [NFC046103] y V2454/2012, de 17 de diciembre [NFC046097]) y la Resolución del TEAC de 20 de diciembre de 2012 (Honda) (R. G. 221/2009 [NFJ051072]).

¹¹ Los principales precedentes en la jurisprudencia son la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de mayo de 2010 (M-Real) (rec. núm. 503/2006 [NFJ039718]) y las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2012 (Roche Vitamins) (rec. núm. 1626/2008 [NFJ045817]), de 18 de junio de 2014 (Borax) (rec. núm. 1933/2011 [NFJ054807]) y de 20 de junio de 2016 (Dell) (rec. núm. 2555/2015 [NFJ063130]).

cláusula sobre establecimientos permanentes (art. 5) de los convenios de doble imposición (CDI) suscritos por España¹².

2.8. ACCIÓN 11. EVALUACIÓN Y SEGUIMIENTO DE BEPS

España no ha aprobado ni propuesto ninguna medida para llevar a cabo las recomendaciones del informe final de la acción 11, relativa a la evaluación y seguimiento del Plan BEPS para evitar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, y pretende, al parecer, dejar que las implante la propia OCDE.

2.9. ACCIÓN 12. REVELACIÓN DE MECANISMOS DE PLANIFICACIÓN AGRESIVA

España no ha aprobado ni propuesto ninguna medida para poner en marcha las recomendaciones del informe final de la acción 11, relativa a exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva, y pretende, al parecer, dejar su implantación a la propia OCDE.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el deseo de combatir la planificación fiscal agresiva (junto con las inquietudes acerca de la economía digital, expuestas más arriba, en el apartado 1) fue uno de los principales puntos de la resolución de la Dirección General de la AEAT por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero del 2016. Conforme a este plan, la Administración tributaria se centrará en los siguientes aspectos: 1) en operaciones de adquisición de participaciones por apalancamiento cuya finalidad principal sea generar gastos financieros deducibles en España; 2) en pagos al exterior de especial relevancia por su cuantía u operaciones de mayor complejidad a las que resulten de aplicación medidas antiabuso establecidas en la normativa nacional o en los convenios bilaterales, y 3) en implicaciones, en materia de precios de transferencia, de operaciones de reestructuración empresarial complejas, servicios intragrupo prestados o recibidos y operaciones sobre intangibles relevantes. Por consiguiente, se prestará especial atención a los pagos de cánones e intereses hechos desde España a otros Estados miembros de la Unión Europea en circunstancias que involucren matrices que adolezcan de falta de sustancia¹³.

¹² Debe tenerse en cuenta que España tiene una de las mayores redes de convenios bilaterales (más de 75).

¹³ El 3 de junio de 2015, la Audiencia Nacional emitió una sentencia (rec. núm. 264/2012 [NFJ059321]) en la que negaba la aplicación de la retención del 0% en dividendos conforme a la directiva matriz-filial para la distribución de dividendos por una filial española a su matriz danesa (que era a su vez controlada por una sociedad canadiense, Enbridge). El tribunal concluyó que el beneficiario efectivo de los dividendos era la matriz canadiense porque la danesa carecía de sustancia económica y de un propósito para su constitución.

Finalmente, es importante valorar que el artículo 6 de la directiva antielusión fiscal contiene una norma general antiabuso que dispone lo siguiente:

«A efectos del cálculo de la deuda tributaria en concepto de impuesto sobre sociedades, los Estados miembros no tendrán en cuenta ningún mecanismo o serie de mecanismos que, por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúa el objeto o la finalidad de la normativa tributaria aplicable, resulten estar falseados una vez analizados todos los datos y circunstancias pertinentes. Tales mecanismos podrán estar constituidos por más de una fase o parte».

2.10. ACCIÓN 13. INFORMES PAÍS POR PAÍS

La aprobación, en julio del 2015, del nuevo Reglamento del impuesto sobre sociedades introdujo, entre otras cosas, modificaciones en los requisitos de los informes sobre precios de transferencia. Estos nuevos requisitos reflejan ampliamente las recomendaciones efectuadas por la OCDE con respecto a la acción 13 del Plan BEPS en la que se introducen los informes país por país y se amplían las obligaciones de información relativas al archivo central y al archivo local con efectos para los periodos impositivos que empiecen a partir del 1 de enero de 2016. A partir del año fiscal 2016, las multinacionales con base en España que tengan un volumen de negocios de 750 millones de euros o más deben cumplir un nuevo estándar de informe país por país y deberán presentarlo a lo largo de los 12 meses siguientes al cierre de cada año fiscal. Se espera que los primeros informes país por país sean presentados en el 2017.

España fue también uno de los 31 países que el 27 de enero de 2016 firmaron el llamado Acuerdo Multilateral de Autoridad Competente (MCAA) para el intercambio automático de informes país por país. Este acuerdo pretende facilitar la implantación ágil y coherente de los nuevos estándares de los informes sobre precios de transferencia desarrollados según la acción 13 y permitir a las autoridades tributarias entender cómo las multinacionales estructuran sus operaciones, a la vez que se protege la información confidencial.

Asimismo, el 25 de mayo de 2016, el Consejo Europeo adoptó la modificación de la Directiva 2011/16/UE en relación con el intercambio automático de información obligatorio en el ámbito tributario. Entre otros cambios, el Consejo introdujo el requisito de los informes país por país en el Derecho de la Unión Europea siguiendo las recomendaciones hechas por la OCDE en la acción 13 del proyecto BEPS. La directiva establece que la obligación de preparar informes país por país será aplicable desde el año fiscal comenzado a partir del 1 de enero de 2016 (con algunas excepciones).

De acuerdo con lo expuesto, España fue uno de los primeros países en implantar los informes país por país en su ordenamiento nacional. Las multinacionales con base en España se hallan ahora en el proceso de desarrollar procedimientos internos que les permitan reunir la información necesaria para dar cumplimiento a tales requisitos.

Se prevé que el informe país por país sea usado por la Administración tributaria para evaluar los precios de transferencia y los riesgos BEPS en aras de mejorar la asignación de sus recursos de revisión y de definir sus comprobaciones e investigaciones. A este respecto, el informe de la acción 13 señala expresamente que las autoridades tributarias no deben proponer ajustes a las rentas de los contribuyentes partiendo de fórmulas de distribución basadas en datos de informes país por país y que no debería concederse de inmediato ninguno de tales ajustes en ningún procedimiento de acuerdo mutuo (MAP) al que se acuda en el caso de discrepancias sobre los precios de transferencia. Sin embargo, hay ciertas inquietudes en el mundo empresarial acerca de si estas supuestas garantías realmente atribuyen una protección suficiente a las multinacionales españolas. En líneas generales, esta inquietud se centra en las prácticas relativas a los informes país por país de las autoridades tributarias en jurisdicciones en las que las multinacionales lleven a cabo actividades de bajo valor, de modo que, según el principio de plena competencia, la tributación en estas jurisdicciones será menor.

Al mismo tiempo, el informe país por país puede contener informaciones competitivas de alta sensibilidad sobre las multinacionales españolas. La OCDE recomienda que las autoridades tributarias apliquen salvaguardas legales sistemáticas para asegurar que no se filtra información competitiva a través de los informes país por país, que toda la información incluida en dichos informes permanezca confidencial y que la Administración tributaria de la jurisdicción de la residencia del contribuyente pueda negarse a compartir informes con países en los que no se establezcan estas salvaguardas. A pesar de ello, recientes filtraciones de información confidencial gubernamental en la prensa no dan demasiada seguridad a las multinacionales españolas de que la confidencialidad de su información esté garantizada.

2.11. ACCIÓN 14. RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

España apoya el informe de la acción 14 del Plan de Acción BEPS, «Hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias», que representa, de acuerdo con la OCDE, un compromiso por parte de los países participantes de implantar un estándar mínimo con respecto a la resolución de disputas.

Los principios del estándar mínimo implican asegurar lo siguiente:

- Que las obligaciones contraídas en virtud de los convenios sobre MAP se apliquen plenamente y de buena fe.
- Que los procedimientos administrativos fomenten la supresión y la resolución tempestiva de todo conflicto de interpretación o aplicación de los convenios.
- Que los contribuyentes tengan acceso a los procedimientos amistosos cuando reúnan las condiciones para ello.
- Que los casos sean resueltos toda vez que sean objeto de un MAP.

España es uno de los 20 países que se han comprometido a ofrecer arbitraje vinculante obligatorio en sus CDI como forma de garantizar que las disputas relacionadas con los convenios sean resueltas en un marco temporal específico, en consonancia con los principios del estándar mínimo de la acción 14. Se espera que el instrumento multilateral (*vid. infra* 15) también incluya cláusulas de resolución de disputas y arbitraje vinculante obligatorio entre jurisdicciones.

Desde el punto de vista de los especialistas en materia de fiscalidad internacional en España, la implantación y la mejora de los mecanismos de resolución de disputas son cruciales para evitar la doble imposición de las multinacionales españolas, ya que una de las mayores preocupaciones derivadas del proyecto BEPS es el incremento potencial de las disputas entre jurisdicciones (en particular, como resultado de las acciones 7 y 13).

2.12. ACCIÓN 15. EL INSTRUMENTO MULTILATERAL

Como ha sido apuntado previamente en el contexto de las discusiones sobre otras acciones del proyecto BEPS, España participa en un grupo específico *ad hoc* que tiene como función el desarrollo de un instrumento multilateral utilizado para modificar los convenios bilaterales existentes a fin de reflejar los resultados del proyecto BEPS sin la necesidad de renegociar cada convenio individualmente.

3. CONCLUSIONES

La conclusión final es que el Plan de Acción BEPS ha tenido un impacto significativo en el sistema tributario español. España fue uno de los primeros países en introducir y desarrollar las medidas fiscales recomendadas en el proyecto BEPS, siendo casi todas ellas introducidas en el marco de la reforma fiscal del 2015. El «espíritu BEPS» ha sido acogido también por los tribunales españoles. Así, ha habido varias sentencias en las que el tribunal correspondiente¹⁴ ha defendido la aplicación del estricto criterio de la Administración en relación con las compras apalancadas (operaciones LBO) por referencia directa al entorno BEPS de la OCDE. Es indiscutible que la iniciativa BEPS ha tenido una influencia de *soft law* en España, y ello ha dado como resultado que las empresas y los asesores especializados en fiscalidad internacional están revisando –caso por caso– las estructuras ya en vigor y las operaciones propuestas a fin de asegurar que dan cumplimiento a los estándares BEPS.

Por último, como consecuencia del nuevo escenario tras el Plan de Acción BEPS, resulta aconsejable para las empresas que el consejo de administración lleve a cabo una revisión de

¹⁴ Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2015 (rec. núm. 188/2014 [NFJ057488]) y de 12 de febrero de 2015 (rec. núm. 184/2014 [NFJ060761]).

la gestión del riesgo fiscal, a la luz de los nuevos estándares, nacionales e internacionales, de transparencia, suministro de información y cumplimiento cooperativo, impulsados por las recomendaciones de la OCDE y la Unión Europea. Es decir, las empresas no solo han de verificar el cumplimiento de la nueva normativa aprobada tras el Plan de Acción BEPS, sino que también deben promover una política adecuada de responsabilidad social corporativa que identifique las prácticas con riesgo fiscal, estableciendo los procedimientos, métodos y sistemas que permitan el control de dicho riesgo y su gestión.